

VEDTAK NR 179/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 11. november 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Gry Brandshaug Dale, KS

Saken gjelder

Twist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som assistent i stilling på 47 prosent ved Institusjonsomsorgen, B kommune. Arbeidsstedet er for tiden X sykehjem.

I brev av 14. april 2015 til kommunen fremsatte A krav om utvidelse av stillingen til 83,67 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

I brev datert 5. mai 2015 fra kommunen ble kravet delvis avslått. A ble tilbudt stillingsøkning, men kun tilsvarende 6,1 prosent stilling. Tilbudet er senere utvidet til 8,69 prosent stilling. Avslaget ble begrunnet med at behovet for merarbeid ikke lenger forelå i like stor grad som tidligere.

Dokumentasjonen partene har lagt frem for nemnda viser at A har arbeidet 722 timer utover sin faste stilling i perioden 14. april 2014 til 13. april 2015. Det er oppgitt at full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 27. mai 2015. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 27. mai 2015
- brev av 12. august 2015
- brev av 9. oktober 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 30. juni 2015
- brev av 15. september 2015

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver har ikke dokumentert at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger. Arbeidsgiver kan ikke høres med at vaktene A har dekket ved fravær pga. sykdom, ferie og permisjon for fast ansatte, ikke skal regnes som merarbeid. Arbeidsmiljøloven § 14-4 a oppstiller ingen vilkår om at arbeidstaker kun kan kreve stilling ut fra vakanser på arbeidsplassen. Fratrullet merarbeidstimer utført i sommerferieavviklingen har A utført merarbeid i til sammen 677,5 timer i beregningsperioden. Dette tilsvarer 36,67 prosent stilling, og er det som må legges til grunn for den ønskede stillingsutvidelsen.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

De fleste av vaktene A har gått er enkeltvakter der fast personale av legitime årsaker har hatt midlertidig fravær som følge av diverse permisjon, sykefravær, møter mv. Dette kan ikke

anses som merarbeid. De fast ansatte er nå tilbake i disse vaktene, og behovet for As arbeid har således uansett bortfalt.

Det er kun 237 timer som er arbeidet for å dekke vakter tilhørende vakante stillinger som kan tas med som merarbeid i beregningsgrunnlaget. Av disse 237 timene er kun 105,5 timer fortsatt vakante. A har imidlertid arbeidet 68,5 av disse timene i sine frihelger, og ettersom hun jobber annenhver helg i sin faste turnus, ville hun ved tildeling av disse vaktene måtte arbeide hver helg. Etter dette gjenstår det 37 timer, tilsvarende 8,69 prosent stilling, som er tilbudt A.

Sommeren 2014 ble det innført ansettelsesstopp i B kommune. Videre vil det i 2015 og 2016 bli gjennomført en nedbemanning med 28 årsverk, noe som også vil føre til reduksjon i tjenesteproduksjonen i kommunen.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-4 a (2).

Etter forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

Arbeidsmiljøloven § 14-4 a fastsetter at deltidsansatte som de siste 12 måneder jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden, med mindre arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 14. april 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 14. april 2014 til 13. april 2015.

På grunnlag av sakens dokumenter legger nemnda til grunn at jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Twisten gjelder således hvilke vakter som skal regnes som merarbeid og dermed inngå i beregningsgrunnlaget for en eventuell stillingsutvidelse, samt hvorvidt behovet for deler av merarbeidet ikke lenger foreligger.

Uenigheten om hvilket merarbeid som inngår i beregningsgrunnlaget gjelder enkeltvakter der det faste personalet har hatt midlertidig fravær som følge av mindre permisjoner, sykefravær, møter mv. Arbeidsgiver har anført at merarbeid i form av slike vakter ikke skal telle med. Nemnda kan ikke se at det er grunnlag for å holde slikt merarbeid utenfor beregningsgrunnlaget. Tvert imot ligger slikt merarbeid etter nemndas oppfatning i kjernen av bestemmelsen.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 673 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Da er et ferievikariat trukket fra, noe partene synes å være enige om. Opptjent stillingsøkning må i tråd med nemndas praksis beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, det vil her si 1668,5 timer.

As merarbeid på 673 timer tilsvarer en stillingsprosent på 40,34, og hun har i utgangspunktet krav på en slik stillingsutvidelse. Arbeidsgiver har imidlertid påberopt at store deler av behovet for merarbeid ikke lenger foreligger, jf. § 14-4 a (1). Det er blant annet vist til at det er foretatt nyansettelser i vakante stillinger. Av As merarbeid gjaldt 237 timer vakter tilhørende vakante stillinger. Det er foretatt nyansettelser som gjelder vakter tilsvarende 131,5 timer.

Kommunen anfører også at det i 2015 og 2016 er planlagt nedbemanning med flere årsverk innenfor helse- og omsorgssektoren.

Nemnda har i sak 129/16 gitt en utførlig redegjørelse for sitt syn på unntaksbestemmelsen i § 14-4 a. I vedtaket legger nemnda til grunn at det avgjørende vil være om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling til arbeidstakers krav eller at en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning.

Arbeidsgiver har anført at kommunen har foretatt ansettelser i tidligere vakante stillinger og at kommunen på avslagstidspunktet var inne i en omorganiseringsprosess med planlagt nedbemanning og reduksjon i tjenesteproduksjonen. Nemnda må derfor ta stilling til hvorvidt kommunen i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for As merarbeid var bortfalt på avslagstidspunktet eller at det var sannsynlig at behovet ville bortfalle i nær fremtid.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

«..Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...) Departementet finner det ikke hensiktsmessig å fastsette konkrete krav til hvilken dokumentasjon som arbeidsgiver må legge fram. Arbeidsgiver vil i praksis måtte fremlegge informasjon som gjør det mulig for arbeidstaker og eventuelt Tvisteløsningsnemnda å etterprøve. Det avgjørende vil være hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har behov for merarbeidet i tiden framover.»

Slik saken er opplyst, legger nemnda til grunn at behovet for 131,5 timer av As merarbeid etter nyansettelser ikke lenger foreligger. Nemnda kan imidlertid ikke se at As krav skal reduseres på grunn av den planlagte nedbemanningen. Dokumentasjonen arbeidsgiver har lagt frem for nemnda viser at kommunen på avslagstidspunktet hadde planer om nedbemanning med flere årsverk i helse- og omsorgssektoren. Det er imidlertid ikke angitt noen planlagte kutt i relevante stillinger eller tjenestetilbud ved As arbeidssted X sykehjem.

Nemndas konklusjon er dermed at A har krav på utvidet stilling tilsvarende et merarbeid på 541,5 timer (673 – 131,5) i opptjeningsperioden, dvs. med en stillingsprosent på 32,45.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 32,45.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 15.11.2016

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (2). Nemndas konklusjon står ved lag mens saken er til behandling ved domstolene. Dersom dette vil virke urimelig, kan retten etter krav fra en av partene fastsette en annen midlertidig ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolene er åtte uker regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).